

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE MARDER

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES NO BRASIL**

Porto Alegre
2017

ALEXANDRE MARDER

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2017

ALEXANDRE MARDER

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES NO BRASIL.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Para Eduarda e Fabrícia, minha pequena família.

AGRADECIMENTOS

Devo agradecer a muitas pessoas, por razões diversas.

À minha esposa, Fabrícia, pela compreensão e paciência. Estive muito ausente para escrever este trabalho.

À minha filha, Eduarda, de apenas sete anos de idade, pela alegria que transmite. Por diversas vezes utilizei dessa alegria para ter forças de seguir em frente.

Aos meus pais, Ruy e Paula, por terem me dado o bem mais precioso, a vida.

Aos meus colegas da Procuradoria do Município de Porto Alegre, pelo suporte que me foi dado durante o período de redação do trabalho. Em especial, agradeço à colega Simone da Rocha Custódio, que sempre apoiou meus projetos acadêmicos.

Aos meus colegas do escritório Meister, Menke e Marder, por terem “segurado as pontas” na minha ausência. Um agradecimento especial ao meu sócio e amigo de longa data, Cassiano Menke, sempre disponível para o debate acadêmico.

Aos Professores Daisson Flach, Cláudio Ari Mello e Marco Felix Jobim. Doutrinadores de escol, que contribuíram com sugestões preciosas para a elaboração do trabalho.

Aos servidores da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial à funcionária Denise.

Aos meus alunos da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/RS.

Um especial agradecimento ao Professor Daniel Mitidiero, meu orientador. Mestre interessado pelo Direito, dedicado aos seus alunos e que prima pela clareza na defesa de suas ideias.

Ao meu bom Deus, por tudo.

“Andamos tão desencantados que ser decente parece virtude, ser honesto ganha medalha e ser mais ou menos coerente merece aplausos” (Lya Luft)

RESUMO

O conceito de precedente judicial é fundamental não apenas nos países de *common law*, mas também nos de *civil law*. Essa dicotomia está enfraquecida, de modo que os precedentes, na condição de normas jurídicas construídas de casos concretos, devem ser tidos como vinculantes em ambos os sistemas. Precedente não se confunde com uma decisão judicial proferida no passado, mas, sim, com razões de decidir extraídas de decisões colegiadas pretéritas. Não são todas as Cortes do Brasil competentes para a produção de precedentes, mas apenas os tribunais com a atribuição de dar a última palavra sobre a interpretação do Direito. A produção contínua de precedentes pelas Cortes competentes dá origem a sistemas normativos. Os precedentes extraídos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça formam o sistema nacional de precedentes. Nos estados e regiões (Justiça Federal) formam-se subsistemas de jurisprudência vinculante e de definição de sentido do “direito local”. Existe uma relação inexorável entre sistemas normativos e a ideia de coerência. Os sistemas devem ser coerentes. Coerência não se limita à imposição de que sejam evitadas contradições entre as normas. É preciso que critérios de coerência sejam construídos com o objetivo de impor deveres relacionados à fundamentação de cada nova norma que ingressa no sistema. As decisões judiciais devem apresentar justificação interna e justificação externa. Os fundamentos dos precedentes encontram-se na justificação externa da decisão. A coerência impõe, portanto, limites ao intérprete no que se refere a determinadas escolhas relacionadas à justificação externa. A eleição dos argumentos interpretativos utilizados na construção de um novo precedente deve ter como parâmetro o sistema de precedentes. Da mesma forma, os conceitos jurídicos utilizados na formação da normaprecedente devem ter o sistema de precedentes como referência. Por uma imposição de coerência normativa, os conteúdos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios constitucionais devem, necessariamente, ser observados. A coerência consta em texto de lei federal brasileira (novo Código de Processo Civil), tendo, assim, status de norma federal, mais especificamente, de um postulado hermenêutico (norma de segundo grau). Diante do caráter normativo, deve ser observada fielmente pelas Cortes competentes para a elaboração de precedentes. Sua inobservância pode ser enfrentada pelas partes imediatamente interessadas, por meio da interposição de recurso de embargos de divergência ou, ainda, por meio de recurso especial quando o desrespeito se der pelas Cortes de Justiça. O controle ainda deve ocorrer de ofício pelas próprias Cortes de precedentes, haja vista o caráter cogente da norma, o que poderá ensejar o *overruling*.

Palavras chave: precedente - sistema de precedentes - coerência.

ABSTRACT

The concept of precedent is fundamental not only in common law systems but also in civil law systems. This dichotomy is dimmed, since, as legal rules built on concrete cases, precedents must be considered binding on in both systems. Precedents do not relate to the decisions issued in the past, but rather to the reasoning extracted from previous Court decisions. In Brazil, only the Courts with the attribution of giving the last word on the interpretation of the Law have competence to rule precedents. The continuous making of precedents by competent Courts gives rise to normative systems. The precedents resultant from judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice form the national system of precedents. At local level, it is the States (State Tribunals) and in the Federal Regions (Federal Regional Tribunals) that form the binding jurisprudence systems and the definition of "local law". There is an indispensable bond between normative systems and the idea of coherence. Normative systems must be coherent. Coherence is not limited to avoiding contradictions between legal standards. Coherence criteria shall be developed on the purpose of guiding the reasoning of every new legal standard that enters the system. Judicial decisions must present internal and external justification. Grounds for precedents are found in the external justification of the decision. Coherence therefore requires the interpreter limits to adopt reasons for external justification. The arguments chosen to substantiate new precedent must be ground on the system of precedents. Likewise, the legal concepts used to holdup precedents also should stand on the precedent system. By imposition of normative coherence, the contents attributed by the Federal Supreme Court to the constitutional principles must be observed. Coherence is provided by the Brazilian federal law (new Code of Civil Procedure) and therefore has the status of a federal rule and, specifically, a hermeneutical postulate (second degree rule). As formal law, coherence is required to be observed by competent Courts while issuing precedents. The affected parties by the noncompliance with coherence can challenge it through a Motion for Resolution of Conflict in Decision or a Special Appeal, in its case when the disregard comes from Courts of Justice. Given that coherence is mandatory, the Courts with competence to issue precedent must examine its compliance ex officio, which may lead to overruling.

Key words: precedent – case law system - coherence.